

las notificaciones que se deban hacer en el curso de la expropiación. El tribunal nombra al curador. El ministerio del curador es, en general, puramente pasivo; se le nombra sólo para figurar en la instancia; las promociones judiciales no pueden intentarse contra una cosa. Sin embargo, el nombramiento del curador tiene consecuencias jurídicas que tienen importancia. Es el contradictor legal de los acreedores que promueven la expropiación; representa, pues, á las partes interesadas; lo que se ha juzgado con él se puede oponer al deudor y al tercer adquirente. De aquí se sigue que el deudor no podría oponer la tercera á una sentencia pronunciada por el curador. (1) A título de guarda y de representante el curador tiene también el derecho y el deber de vigilar por los intereses de los acreedores. Esto lo juzgó así la Corte de Casación. En la especie los bienes cedidos habían sido expropiados por el producto de la venta; era insuficiente para desinteresar á los acreedores. Cinco años después de la adjudicación el curador descubrió que muchas partes del terreno no habían sido comprendidas en la adjudicación; el tercero detentor las había enajenado; el curador las reivindicó. ¿Tenía calidad para ese efecto? Es cierto que las fracciones no comprendidas en la expropiación quedaban gravadas con la hipoteca apesar de su omisión en el procedimiento que seguía á la acción; los acreedores podían, pues, embargar contra los terceros adquirentes que las detenían. ¿Tenía el curador derecho á promover en su nombre? Tal era la dificultad sometida á la Corte. La cual contestó que la acción de los acreedores contra el tercero detentor estaba agotada por la cesión, pero que podían promover contra el curador; que, por tanto, éste tenía interés en reivindicar las fracciones litigiosas, puesto que era responsable de la integridad de la cesión. (2)

1 Martou, t. III, p. 344, núm. 1308 y las autoridades que cita.  
2 Denegada, 30 de Enero de 1867 (Paloz, 1867, 1, 230).

Hay un motivo para dudar. ¿Aún era el curador el representante de los acreedores cinco años después de la adjudicación de los bienes cedidos? Su mandato acaba regularmente con esta adjudicación. Es verdad que quedan fracciones no expropiadas, y si por este punto había negligencia que reprochar al curador era responsable. ¿Pero de que fuera responsable de la inejecución de su mandato se puede concluir que el mandato continuaba? En nuestro concepto nada impedía á los acreedores promover contra los terceros detentores de las partes litigiosas, como podrían hacerlo contra el adquirente que había hecho la cesión, porque ésta quedaba sin prosecución en cuanto á las fracciones no expropiadas; luego no se podía invocar contra los acreedores; su derecho quedaba completo contra todo detentor de las fracciones en las que conservaba su hipoteca.

278. ¿Cuándo se puede y debe hacer la cesión? La cuestión está controvertida. En nuestro concepto la decide el art. 99 (Código Civil, art. 2169). La ley dice que el tercero detentor está obligado á pagar todas las deudas hipotecarias ó á ceder (art. 98; Código Civil, art. 2168) y que por falta de cumplimiento de una de esas obligaciones todo acreedor tiene derecho á *hacer vender por sí mismo* el inmueble hipotecado treinta días después del mandamiento hecho al deudor original y notificación hecha al tercero detentor de pago ó de cesión (art. 99). De aquí se sigue que treinta días después de la notificación (núm. 256) los acreedores hipotecarios tienen el derecho de promover la expropiación contra el tercero detentor; desde luego éste no tiene el derecho de detener y estorbar el ejercicio de este derecho cediendo el inmueble hipotecado. Poco importa que la expropiación esté comenzada ó no: hay derecho adquirido por los acreedores para hacer vender la herencia contra el *tercero detentor*. Este no puede quitarles ese derecho;



tuvo treinta días para tomar el partido de ceder; si no lo ha hecho en este plazo ya no lo puede hacer. (1) Se objeta que la ley no fija ningún plazo, y no estando, en principio, el tercero detentor obligado á sufrir la expropiación más que en razón de su detención siempre puede eximirse abandonando la herencia á los acreedores. (2) Es verdad que la ley no dice terminantemente que después del plazo de treinta días fijado por el art. 99 (Código Civil, art. 2169) el tercero detentor no puede ya ceder, pero resulta implícitamente de esta disposición. Si cada acreedor puede, de un momento á otro, hacer vender el inmueble contra el tercero detentor no se puede permitir á éste que impida el ejercicio de ese derecho forzando á los acreedores á nombrar un curador y perseguirlo para la venta. En cuanto al derecho del tercero detentor que se invoca debe conciliarse con el derecho de los acreedores; el tercero detentor tiene treinta días para ceder; no necesita más para tomar una resolución en un punto de hecho; á saber: si le conviene ó no dejarse expropiar. Si no cede en ese plazo no hay razón para permitirle ceder en perjuicio de los acreedores. La objeción que se hace en favor del tercero detentor estaría fundada si la cesión rompiera toda liga entre el detentor y el inmueble; pero queda propietario y poseedor; como tal debería soportar la expropiación; la ley deroga el rigor del derecho permitiéndole ceder, pero es preciso que ese favor no perjudique á los acreedores, y los perjudicaría si el tercero detentor pudiera impedirles perseguirlo para la venta ó detener el procedimiento después del vencimiento del plazo que se le ha concedido para que se resuelva.

279. ¿Qué cosa debe ceder el tercero detentor? El ar-

1 Durantón, t. XX, p. 437, núm. 262. Persil, t. II, p. 227, art. 2173, número 11.

2 Martou, t. III, p. 341, núm. 1304. Pont, t. III, p. 517, núm. 1186. Hay una sentencia insignificante en favor de esta opinión. Angérs, 14 de Julio de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 52).

título 98 (Código Civil, art. 2168) contesta que debe ceder el inmueble hipotecado *sin reserva*; es decir, que debe ceder todo lo que hipotecariamente detiene. Los acreedores tienen el derecho de embargar y de hacer vender todos los bienes que le sean hipotecados, y todo lo que tienen derecho de expropiar debe ser cedido, puesto que la cesión es un preliminar de la expropiación. En cuanto al tercero detentor no posee más que una parte en el fundo hipotecado; debe ceder lo que detiene; los acreedores tienen, en virtud de la indivisibilidad de la hipoteca, el derecho de embargar todo el inmueble y cada parte de él; luego el tercero detentor debe ceder lo que detiene. En contra él también tiene derecho á ceder la parte del fundo que posee, aun cuando hubiera enajenado una parte de la herencia. Esto ha sido contestado, pero sin ningún fundamento. El tercero detentor es propietario y á este título puede enajenar; los subadquirentes se convierten, en este caso, en terceros detentores; por consecuencia, los acreedores tienen el derecho de perseguirlos, y todos el de ceder, abandonando á los acreedores lo que posean. La Corte de Orleáns lo juzgó así y no tiene ninguna duda. (1)

280. ¿Puede el tercero detentor ceder si aun es deudor del precio? Esta pregunta da lugar á serias dificultades. La ley parece dar al tercero detentor un poder absoluto para ceder; no pone ninguna condición con relación al pago del precio. El ofrecimiento de pagar el precio á los acreedores hipotecarios es la condición esencial requerida para la purga; la ley no la exige para la cesión. Se debe, pues, decidir, en principio, que el tercero detentor puede ceder aunque sea deudor del precio; la Corte de Casación lo juzgó así, y esto no es dudoso. La Corte le hace una restricción que es igualmente incontestable: que el adquiren-

1 Orleáns, 28 de Mayo de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 135). Martou, t. III, p. 311. núms. 1255 y 1256. Pont, t. II, p. 490, núms. 1138 y 1139.



te no está obligado por su contrato á pagar su precio á los acreedores hipotecarios. (1) Más adelante diremos cuál es el efecto de esta obligación.

281. Hay otra restricción admitida por la doctrina y por la jurisprudencia. Se supone que el precio que aun se esté debiendo basta para pagar á los acreedores inscriptos; el adquirente no se obliga á pagarles; ¿pueden, sin embargo, forzarlo á distribuir el precio entre ellos ó el tercero adquirente puede ceder el inmueble? La opinión general es que en estas circunstancias el tercero detentor no puede ceder. Hay un motivo perentorio para decirlo así. La cesión supone que el adquirente está perseguido hipotecariamente; esta es una facultad concedida al tercero detentor para evitar que el bien hipotecado no sea vendido contra él. Y nosotros suponemos que los acreedores no persiguen al adquirente por acción hipotecaria; no le hacen ninguna notificación de cesión, piden el pago del precio. No hay, pues, lugar á la cesión. (2) La única dificultad es la de saber si los acreedores tienen acción contra el adquirente cuando éste no está obligado con ellos á entregarles el precio. Es cierto que los acreedores no tienen acción directa contra el adquirente, pero pueden promover en virtud del art. 1166 ejerciendo los derechos de su deudor; por esta acción el adquirente estará obligado á pagar. Únicamente que la acción indirecta es menos favorable á los acreedores que su acción hipotecaria, puesto que el producto de la acción indirecta es la prenda de todos los acreedores, mientras que el precio de la venta forzada pertenece exclusivamente á los acreedores inscriptos.

Si el adquirente está obligado á pagar el precio perso-

1 Denegada, 8 de Agosto de 1816 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 1848).

2 Durantón, t. XX, p. 450, núm. 252. Pont, t. II, p. 439, núm. 1135, nota 4 y las autoridades que cita. Aubry y Rau, t. III, p. 447, nota 41, pfo. 287 y las autoridades que citan. Agréguese Metz, 17 de Julio de 1867 (Daloz, 1867, 151).

nalmente al vendedor ó á sus acreedores inscriptos éstos tienen una acción directa en contra de él. El tercero detentor podrá ceder si se le persigue hipotecariamente. Pero si esta promoción está anulada y que los acreedores se entiendan en un orden amistoso de manera que las inscripciones que no se hagan en un orden útil sean canceladas la cesión no tiene razón de ser, puesto que por acuerdo de los acreedores el inmueble estará liberado de los cargos hipotecarios que lo gravaban. El vendedor podría, en caso necesario, intervenir para obligar al adquirente á pagar el precio y para hacer desaparecer por este pago cualquiera causa de cesión; la Corte de Casación la juzgó así; esto no es dudoso. (1)

282. Puede suceder que los acreedores hipotecarios persigan al adquirente como tercero detentor notificándolo á ceder ó á pagar. ¿Tendrá en este caso el tercero detentor derecho á ceder? La afirmativa no es dudosa, puesto que los acreedores lo notifican á ceder; perseguido hipotecariamente el adquirente tiene los derechos de un tercero detentor; luego puede ceder el inmueble. ¿Pero el vendedor no puede oponerse á la cesión y exigir que el comprador pague su precio á los acreedores inscriptos? Una sentencia de la Corte de Casación pronunciada sobre un magnífico informe de Mesnard reconocía este derecho al vendedor. En la especie el adquirente se había obligado á entregar el precio á los acreedores hipotecarios designados en el acta: también se obligó á pagar al mes del contrato una cantidad de 14,504 francos destinados á cubrir los intereses vencidos de los créditos inscriptos. Faltó á sus compromisos; por consecuencia, los acreedores los persiguieron por acción hipotecaria; por la notificación de pagar ó ceder al adquirente cedió, mientras que habría podido pagar, puesto que la totalidad de los créditos inscriptos era inferior á 5,000 francos, monto del precio de que era deudor, y habría debido

1 Casación, 28 de Abril de 1874 (Daloz, 1874, 1, 287).



pagar este precio á los acreedores hipotecarios, puesto que se había comprometido á hacerlo. Entonces el vendedor interviene y pide que, no obstante la cesión, el adquirente fuese obligado á pagar su precio á los acreedores inscriptos. El primer juez validó la cesión y ordenó la continuación de la promoción de embargo inmobiliario. En apelación la Corte de Orléans sentenció en favor del vendedor. Recurso de casación; el demandante sostuvo que el tercero detentor tenía un derecho absoluto en ceder; que el compromiso contraído por el adquirente de entregar su precio á los acreedores no lo ligaba con respecto á ellos, y que habiendo los acreedores perseguido hipotecariamente al tercero detentor éste tenía la facultad de ceder el inmueble. La Corte pronunció una sentencia de denegada.

La Corte reconocía que en la especie el adquirente tenía el derecho de ceder, puesto que estaba perseguido por los acreedores, no como deudor personal sino como tercero detentor; notificado por ellos á pagar con este título ó á ceder tenía el derecho de abandonar el inmueble hipotecado. Quedaba por saber si este derecho podía ejercerse para con el vendedor en las circunstancias de la causa. Y por una parte el adquirente se había obligado á pagar su precio á los acreedores inscriptos; lo que no le permitía abandonar, puesto que al hacerlo se negaba á pagar su precio; no cumplía, pues, con una obligación contraída para con el vendedor. La Corte concluyó de esto que el vendedor tenía derecho á oponerse á un abandono; que las convenciones intervenidas entre las partes tenían por objeto prohibir al adquirente. Por otra parte, el precio que el adquirente se obligaba á pagar á los acreedores era superior á las deudas hipotecarias; de modo que la simple ejecución del contrato de venta bastaba para desinteresar á los terceros á la vez que para liberar al vendedor para con ellos; y el vendedor tiene el derecho incontestable de exigir la ejecución de su

contrato obligando al adquirente á pagar el precio á los acreedores como lo tenía por obligación. La Corte concluyó de esto que el vendedor tenía el derecho de intervenir para forzar á su deudor á pagar el precio, y este pago hacía desaparecer todas las causas de abandono. (1)

La sentencia está muy hábilmente motivada; sin embargo, deja una duda. El abandono es un derecho del adquirente, no es del deudor personal; y en el caso se le demandaba hipotecariamente; la ley le permitía, pues, libertarse de la expropiación abandonando. Esto es lo que reconoce la Corte, pero pretende que ese derecho no es absoluto. Para con el vendedor el comprador se había obligado á no abandonar, puesto que se obligaba á pagar su precio á los acreedores; pero el abandono no se hace entre el vendedor y el comprador, se hace entre adquirentes y vendedores hipotecarios. La dificultad es, pues, esta: ¿puede el vendedor oponer su contrato á los acreedores hipotecarios que han sido extraños en él? ¿Puede en virtud de este contrato pedir la nulidad del abandono? En derecho estricto hay que responder negativamente. Los acreedores estaban en su derecho al perseguir al adquirente en virtud de sus derechos hipotecarios, y éste estaba en su derecho abandonando. El abandono era, pues, legítimo entre los acreedores promoventes y el adquirente. Desde luego el vendedor no podía pedir la nulidad en virtud de su contrato: éste le daba sólo el derecho de perseguir el pago del precio y si el comprador no pagaba, de pedir la resolución de la venta; pero el contrato de venta no le daba el derecho de pedir la nulidad de lo que sucediera entre el adquirente y los acreedores.

Lo que sin duda decidió á la Corte fué la escandalosa iniquidad á que conducía el derecho estricto en el caso. El

1 Denegada, 1.º de Julio de 1850 (Daloz, 1850, 1, 177. Compárese Martou, t. III, p. 338, núm. 1299; Aubry y Rau, t. III, p. 447, nota 42, pfo. 287.



adquirente faltaba á sus obligaciones sin ninguna razón; al pagar como lo tenía comprometido desinteresaba á los acreedores, hacia la expropiación inútil y libraba al deudor. A no pagar se burlaba de sus compromisos; en lugar de pagar abandonaba, y estando expropiado todavía tenía una acción contra el vendedor. Sería difícil, dijo el Consejero Mesnard, abrir á la iniquidad más ancha puerta. Esto es verdad; pero estas consecuencias no resultaban del abandono, resultaban de la acción hipotecaria de los acreedores. Expropiaban al comprador; éste, no estando obligado en nada para con ellos, podía permanecer en inacción no pagando y no abandonando; el procedimiento hubiera conducido á la misma iniquidad que sublevaba al Relator y, con él, á la Corte. El vendedor tenía un medio de impedir la deslealtad del comprador: era que intervinieran los acreedores en el acta de venta; el adquirente se hubiera obligado para con ellos y se hubiera convertido en su deudor personal, lo que no le hubiera permitido abandonar.

283. Queda una hipótesis en la que no hay ninguna duda. El precio no basta para desinteresar á los acreedores. Estos promueven hipotecariamente. Este es su derecho y su interés. El adquirente abandona, como es su derecho. En este caso el vendedor no puede intervenir para oponerse al abandono ni pedir su nulidad. En efecto, el vendedor no tiene ninguna acción contra el adquirente más que la personal para obligarlo á pagar su precio; pero ejercería en vano esta acción; en el caso la prosecución desinteresaría á los acreedores, puesto que el pago del precio no liberaría al inmueble de todos los cargos hipotecarios que lo gravan; de modo que el adquirente, bien que pagando, permanecería expuesto á la acción hipotecaria de los acreedores, que no estarían desinteresados; y desde que está obligado hipotecariamente y perseguido como tercero detentor tiene el derecho de abandonar. Estos son los términos de la senten-

cia que acabamos de analizar (núm. 282). La doctrina está acorde con la jurisprudencia. (1)

*Núm. 2. ¿Quién puede abandonar?*

284. "El abandono por hipoteca puede hacerse por cualquier tercero detentor que no esté personalmente obligado á la deuda y que tenga capacidad para enajenar" (artículo 100; Código Civil, art. 2172).

*I. De los que no pueden abandonar porque son deudores personales.*

285. Los que están personalmente obligados á la deuda no pueden abandonar. ¿Por qué razón? El abandono tiene por objeto evitar la expropiación (núm. 275); esto supone que el detentor no puede ser demandado hipotecariamente más que porque detiene un inmueble hipotecado á la deuda; al abandonarlo ya no puede ser perseguido. Y si se obligó personalmente á la deuda puede siempre ser demandado. En vano abandonaría el inmueble del que se persigue la expropiación en su contra; en virtud de la liga personal que lo obliga á pagar los acreedores tendrían, no obstante, el derecho de demandarlo y de expropiar el inmueble hipotecado, como todos sus bienes; sólo tiene un medio de libertarse de las promociones: es pagar. (2)

286. ¿Cuáles son los detentores que no pueden abandonar porque están obligados personalmente á la deuda?

Es desde luego el deudor solidario que adquiere el inmueble hipotecado á la deuda por su codeudor; aunque detentor del inmueble hipotecado no lo puede abandonar,

1 Martou, t. III, p. 339, núm. 1300.

2 Loyseau, Del Abandono, lib. IV, cap. III, núm. 2. Martou, t. III, p. 330, núm. 1278.